

Sygn. akt: KIO/649/11

WYROK

z dnia 12 kwietnia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marek Szafraniec

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **11 kwietnia 2011 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 marca 2011 r. przez **Mostostal-Met Sp. z o.o., ul. Krzeszowska 93, 23-400 Biłgoraj** w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez **Lasy Państwowe Nadleśnictwo Golub-Dobrzyń, Konstancjewo, 87-400 Golub-Dobrzyń**

orzeka:

1. **oddala odwołanie**
2. kosztami postępowania obciąża **Mostostal-Met Sp. z o.o., ul. Krzeszowska 93, 23-400 Biłgoraj** i.
 - 2.1 do kosztów postępowania odwoławczego zalicza wpis w wysokości **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczony przez **Mostostal-Met Sp. z o.o., ul. Krzeszowska 93, 23-400 Biłgoraj** oraz uzasadnione koszty **Lasów Państwowych Nadleśnictwa Golub-Dobrzyń, Konstancjewo, 87-400 Golub-Dobrzyń** obejmujące wynagrodzenie pełnomocnika w wysokości **2 000 zł 00 gr** (słownie dwa tysiące złotych zero groszy) oraz koszty związane z dojazdem na wyznaczone posiedzenie Izby w wysokości **426 zł 90 gr** (słownie czterysta dwadzieścia sześć złotych dziewięćdziesiąt groszy),

2.2 zasądza od **Mostostal-Met Sp. z o.o., ul. Krzeszowska 93, 23-400 Biłgoraj** na rzecz **Lasów Państwowych Nadleśnictwa Golub-Dobrzyń, Konstancjewo, 87-400 Golub-Dobrzyń** kwotę **2 426 zł 90 gr** (słownie dwa tysiące czterysta dwadzieścia sześć złotych dziewięćdziesiąt groszy) obejmującą uzasadnione koszty Zamawiającego stanowiące wynagrodzenie pełnomocnika oraz koszty związane z dojazdem na wyznaczone posiedzenie Izby.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Toruniu**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zadania: „Dostawa siatki do gradzenia upraw do Nadleśnictwa Golub-Dobrzyń” zostało wszczęte przez Lasy Państwowe Nadleśnictwo Golub-Dobrzyń, zwane dalej Zamawiającym.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w dniu 1 marca 2011 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 68943-2011.

W dniu 23 marca 2011 r. Zamawiający przekazał Wykonawcom biorącym udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia informację o wyborze oferty najkorzystniejszej.

W dniu 28 marca 2011 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wniesione przez Mostostal-Met Sp. z o.o., zwaną dalej Odwołującym.

Biorąc pod uwagę złożone w postępowaniu o udzielenie zamówienia odwołanie będące przedmiotem rozpoznania przez Izbę, odpowiedź na odwołanie, a także oświadczenia i argumentację stron zaprezentowane w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił następujące stanowiska stron.

Stanowisko Odwołującego – Mostostal-Met Sp. z o.o.:

Odwołanie zostało wniesione wobec czynności wykluczenia z udziału w postępowaniu Odwołującego i odrzucenia złożonej przez niego oferty. W ocenie Odwołującego działanie takie stanowiło naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy z dnia 29 stycznia 2004 – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), zwanej dalej ustawą Pzp. Powołane czynności Zamawiającego zdaniem Odwołującego naruszały także w rażący sposób następujące przepisy ustawy Pzp: art. 7 ust 1, 2, 3, art. 9 ust 1, art. 22 ust 3, art. 25 ust 1, art. 27, art. 91, a także § 5 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817).

Odwołujący podnosił, iż Zamawiający pomylił warunki podmiotowe z warunkami przedmiotowymi. Ponadto twierdził on, iż Zamawiający w sposób nieuprawniony uznał, że treść złożonej przez niego oferty nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ). Wskazywał, iż istniały rozbieżności pomiędzy treścią ogłoszenia o zamówieniu zamieszczonego w Biuletynie Zamówień Publicznych, a treścią SIWZ, w zakresie określenia dokumentów, które Wykonawcy byli zobowiązani złożyć na potwierdzenie, że oferowane przez nich dostawy spełniają wymagania Zamawiającego. Podkreślał, iż już na etapie oferty udowodnił, iż oferowana przez niego dostawa spełnia wymagania określone w SIWZ, zaś na wezwanie ze strony Zamawiającego, uczynił to powtórnie. Dokumenty przez niego złożone nie zostały jednak uznane za prawidłowe w toku badania ofert.

Powyższe, zdaniem Odwołującego, uzasadniało wniesione przez niego odwołanie.

Uwzględniając podniesione zarzuty, Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia go z udziału w postępowaniu, czynności odrzucenia złożonej przez niego oferty oraz wyboru oferty najkorzystniejszej, a następnie powtórzenia czynności oceny ofert z uwzględnieniem oferty złożonej przez Odwołującego.

Stanowisko Zamawiającego – Lasów Państwowych Nadleśnictwa Golub-Dobrzyń:

Zamawiający przedstawił swoje stanowisko w sprawie odwołania wniesionego przez Mostostal-Met Sp. z o.o. w odpowiedzi na odwołanie oraz na rozprawie przed Izłą.

Zamawiający wnosił o oddalenie odwołania.

Odnosząc się do stanowiska Odwołującego, wskazywał, że w jego ocenie zarzuty przez niego podnoszone są bezzasadne. Podnosił, iż Odwołujący tak na etapie oferty, jak i później, na etapie uzupełnienia dokumentów w toku postępowania o udzielenie zamówienia, nie udowodnił, iż oferowane przez niego dostawy spełniają wymagania Zamawiającego określone w SIWZ. Na poparcie tych twierdzeń odwoływał się do zapisów dokumentów złożonych mu przez Odwołującego i odnosił je do zapisów SIWZ.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie, a także oświadczeń i stanowisk stron zaprezentowanych

w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, jak też w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby wykluczył, iż wypełniona została którakolwiek z przesłanek odrzucenia odwołania ustanowionych w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

W dalszej kolejności Izba stwierdziła, iż Odwołującemu, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, przysługiwało prawo wniesienia odwołania w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez Zamawiającego.

Izba postanowiła, jako dowody w sprawie, dopuścić dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez Zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem oraz przedłożony przez Odwołującego w toku rozprawy przed Izbą wydruk z jego własnej strony internetowej zawarty na 3 stronach.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Mając na celu ocenę zasadności zarzutów podnoszonych w odwołaniu, Izba ustaliła, iż Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu zamieszczonym w Biuletynie Zamówień Publicznych w pkt III.5) postanowił, iż *„w zakresie potwierdzenia, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane odpowiadają określonym wymaganiom należy przedłożyć zaświadczenie podmiotu upewnionego do kontroli jakości potwierdzającego, że dostarczone produkty odpowiadają określonym normom lub specyfikacjom technicznym”*. W pkt VI.C.1) SIWZ Zamawiający na potwierdzenie tej samej okoliczności wymagał złożenia *„zaświadczenia podmiotu uprawnionego do kontroli jakości potwierdzającego, że dostarczane produkty wymienione w pkt III a, b specyfikacji odpowiadają parametrom określonym w pkt III a, b Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli dostawca wykaże za pomocą zaświadczenia podmiotu uprawnionego do kontroli jakości, że dostarczone produkty wymienione w pkt III a, b specyfikacji odpowiadają parametrom określonym w pkt III a, b Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia)”*. Wymóg o tej samej treści Zamawiający zamieścił w ramach ogłoszenia o zamówieniu opublikowanego na stronie internetowej oraz w jego siedzibie.

W pkt III a) i b) SIWZ Zamawiający zawarł opis parametrów zamawianej przez siebie siatki do gradzenia upraw. W obu punktach określił, iż średnica drutu dolnego i górnego

wynosić ma min. 2,3 mm, wytrzymałość drutu dolnego i górnego na zrywanie – min. 5300 N/drut, średnia drutów wewnętrznych poziomych – 1,9 mm, ich wytrzymałość na zrywanie – 3500 N/drut, zaś średnica drutów pionowych m.in. 1,8 mm, a ich wytrzymałość na zrywanie – 1300 N/drut.

Izba ustaliła ponadto, iż Odwołujący wraz ofertą złożył *Ocenę – opinię techniczną* wystawioną przez CE Centrum Ekspertów AZ Ośrodek Rzeczoznawstwa SITR –NOT, w której w odniesieniu do drutów poziomych środkowych wskazano, iż są one półtwarde lub twarde, a ich średnica wynosi od 1,9 mm do 2,8 mm, zaś siła zrywająca w ich przypadku wynosi „>1570-2330, >2983-3516”. Dokument ten stwierdzał ponadto, iż średnica drutów brzegowych poziomych to 2,8 – 3.2 mm, a drutów pionowych podtrzymujących to 1-9 – 2,5 mm. Wezwany do złożenia wyjaśnień złożył on w dniu 11 marca 2011 r. oświadczenie, iż oferowane przez niego siatki wykonane są drutów: „*skrajne – 2,3 mm o wytrzymałości na zerwanie >5300 N, środkowe – 1,9 mm o wytrzymałości na zerwanie >3500 N, – pionowe 1,8 mm o wytrzymałości na zerwanie >1300 N*”. Tym samym wskazał inne wielkości średnic drutów niż te, które ujęte były w złożonej wraz z ofertą opinii. W odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów Odwołujący złożył wyniki badań wytrzymałościowych drutów stalowych o następujących średnicach: 1,9 mm, 2,4 mm, 2,5 mm, 2,8 mm oraz 3,1 mm. Tabela zawarta w tym dokumencie obejmowała 8 pozycji. Pierwsze 3 odnosiły się do drutu o średnicy 1,9 mm. Określono w nich wytrzymałości na zerwanie tego drutu w następujących wielkościach: 4342 N, 3698 N oraz 1628 N. Kolejne dwie pozycje (4 i 5) odnosiły się do drutu o średnicy 2,4 mm, zaś ich wytrzymałość na zerwanie określono jako 2073 N i 6840 N.

Uwzględniając powyższe ustalenia Izba uznała, iż w rozstrzyganym przypadku zarzuty podnoszone przez Odwołującego nie znajdują oparcia w ustalonym przez Izbę stanie faktycznym i prawnym.

W pierwszej kolejności Izba uznała, iż zasadnie podnosił Odwołujący, że istniały rozbieżności pomiędzy treścią ogłoszenia o zamówieniu zamieszczonego w Biuletynie Zamówień Publicznych, a treścią SIWZ, w zakresie określenia dokumentów, które Wykonawcy byli zobowiązani złożyć na potwierdzenie, że oferowane przez nich dostawy spełniają wymagania Zamawiającego. W ocenie Izby naruszenie to nie mogło mieć jednak istotnego wpływu na wynik. Izba dała wiarę oświadczeniu Zamawiającego, iż rozbieżności te były spowodowane narzuconym na stronie Biuletynu Zamówień Publicznych formularzem ogłoszenia o zamówieniu. Zasadnie w tym zakresie wskazywał Odwołujący, iż Zamawiający zobowiązany był dołożyć należytej staranności, aby treść ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ zawierały te same zapisy. Oceniając rozpatrywany

przypadek Izba uznała jednak, iż rozbieżność ta nie jest na tyle istotna, że mogłaby mieć wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Szczególnie wobec faktu, iż już w ogłoszeniu o zamówieniu opublikowanym na stronie internetowej oraz w siedzibie Zamawiającego zawarł on w tym zakresie te same zapisy, które znalazły się w treści SIWZ. Istotną dla rozstrzygnięcia okolicznością, jest również fakt, iż w dniu 2 marca 2011 r. jeden z Wykonawców zadał Zamawiającemu pytanie odnoszące się do wymaganego zaświadczenia podmiotu uprawnionego do kontroli jakości powielając przy tym zapisy ujęte w tym zakresie w SIWZ. Zamawiający, w odpowiedzi na to pytanie, podtrzymał warunek tam określony. Dlatego też Izba uznała, iż wskazywana przez Odwołującego rozbieżność nie może mieć wpływu na ocenę poprawności złożonej przez niego oferty. Jako podmiot profesjonalnie działający na rynku powinien on, w ocenie Izby, powziąć wystarczające informacje w zakresie stawianych przez Zamawiającego wymagań z dokumentów opublikowanych przez niego w internecie lub w siedzibie.

Nie jest istotną dla rozstrzygnięcia także okoliczność przywołania przez Zamawiającego w piśmie informującym o wyborze oferty najkorzystniejszej błędnej podstawy prawnej, a tym samym uznanie, iż Odwołujący powinien zostać wykluczony z udziału w postępowaniu, nie zaś przyjęcie, że jego oferta powinna zostać odrzucona. W ocenie Izby Zamawiający wskazał w powołanym piśmie wystarczająco precyzyjnie na fakt niedopuszczenia oferty złożonej przez Odwołującego do etapu oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej. Jako uzasadnienie faktyczne podjętej przez siebie decyzji wskazał, że Odwołujący nie wykazał w sposób jednoznaczny, iż oferowana przez niego siatka jest wykonana z drutów spełniających warunek wytrzymałości na zerwanie. Nie mógł on bowiem uznać, że opisana w złożonej wraz z ofertą opinii wytrzymałość na zrywanie w przypadku drutów poziomych, środkowych w wielkościach „>1570-2330, >2983-3516” spełnia warunek, aby była ona większa od progu 3500 N. Jak sam Odwołujący zauważył w toku rozprawy przed Izba Zamawiający w treści SIWZ określił parametry w wielkościach minimalnych, a oferowane druty powinny charakteryzować się wielkościami większymi. Nie sposób uznać, iż wartość 2983 N jest większa od 3500 N.

Jako prawidłowo przeprowadzoną ocenę przedłożonych mu dokumentów przez Zamawiającego, Izba oceniła także działania Zamawiającego w odniesieniu do dokumentów złożonych mu w wyniku wezwania do ich uzupełnienia. Odwołujący w piśmie złożonym Zamawiającemu w dniu 11 marca 2011 r. zawarł wyraźne oświadczenie, jakimi średnicami charakteryzowały będą się druty, z których wykonana będzie oferowana Zamawiającemu siatka ogrodzeniowa. W złożonych następnie w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów wynikach badań wytrzymałościowych nie zawarte zostały dwie

z określonych z powołanym piśmie z dnia 11 marca 2011 r. średnice drutów (1,8 mm i 2,3 mm), zaś w odniesieniu do drutów o średnicach 1,9 mm oraz 2,4 mm pismo to zawiera pozycje, dla których wielkości parametru wytrzymałości na zrywanie określono w wartościach mniejszych, aniżeli wartości minimalne określone w SIWZ (wers 3 i 4 tabeli zawartej w powołanych wynikach badań).

W ocenie Izby przedłożony przez Odwołującego wydruk z jego strony internetowej nie może zostać uznany za istotny dla rozstrzygnięcia, gdyż jego treść oraz okoliczność, jaką ma on udowodniać stoi w sprzeczności z treścią oświadczenia Odwołującego zawartego w piśmie z 11 marca 2011 r.

Uwzględniając powyższe, Izba uznała, iż Zamawiający w sposób uzasadniony uznał, iż oferta Odwołującego nie może być uwzględniona w czynności oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej.

Izba uznała, iż Odwołujący nie przedstawił wystarczających dowodów uzasadniających prawidłowość prezentowanej przez siebie argumentacji, zaś swe twierdzenia oparł głównie na własnych oświadczeniach, które nie mogły zostać uznane przez Izbę za wystarczające dla uznania twierdzeń Zamawiającego za mniej wiarygodne od tez postawionych przez Odwołującego. Dlatego też Izba nie mogła dać wiary argumentacji Odwołującego, wobec czego uznała, iż nie potwierdziły się zarzuty przez niego podniesione, które mogłyby mieć wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....